

【論 説】

代理法理の探究・補論

目 次

はしがき

一 裁判事例にみる「代理」行動様式の利用状況

1 「代理」行動様式に係わる裁判事例

2 「代理」行動様式利用状況

3 裁判事例に現れた「任意代理」行動様式の法的争点

二 「代理」行動様式と類似制度

1 「法定代理」行動様式の法理

2 処分授權と処分代理

三 代理の法的構成―奥田代理論・再考

四 「有権代理濫用リスク」への対応法理・補論

五 「無権代理リスク」への対応法理・補論

1 「代理許諾意思表示」代理権」不存在行為への態様

2 「無権代理」規律・補論

## はしがき

## —法律論叢—

「代理法理の探究—『代理』行動様式の現代的深化のために」<sup>(1)</sup>著では、「代理」行動様式を本人の分業化のための行動様式にとどまらず、それは現在及び将来の取引社会における一つの「ビジネスモデル」とみて、本人・代理人・相手方三者「代理システム」利用行動様式として、私法上、秩序づけることが必要であること、そのためには、本人と相手方間の当事者効果発祥帰属に関しては「効果意思」規範に基づいて「第一規律課題」次元において「三当事者法律行為」形象として法的構成し、「代理」行動様式に内包する「代理リスク」、すなわち本人あるいは無権代理人と相手方による「代理」行動様式の濫用によるリスクに対応するための規律、本人の「代理許諾意思表示」代理権不存在行為」によるリスクに対応するための規律については、「第二規律課題」次元の規律として「代理」行動様式の安心安全の保障と促進のために、「効果意思」規範とは異なる「代理」行動様式の本性である三者「信認関係」を規範として規律することが必要と提言した。

本稿は、このような提言に、さらに補充的検討を加える必要があると思われる点や、検討不足、説明不足で舌足らずではないかと思われる点、さらには博士論文の審査課程で指摘頂いた点などを中心に、提言を明確にし、補充するための研究ノートである。

注

(1) 拙稿・代理法理の探究―『代理』行動様式の現代的深化のために(二〇一一年・日本評論社)。なお、本書の原本は二〇一一年度博士學位請求論文「代理法理の研究」として明治大学に提出し、博士(法学)の学位を授与されたものである。

## 一 裁判事例にみる「代理」行動様式の利用状況

「代理」行動様式については、従来は、本人の私的自治の拡張・補充、或いは本人の分業化のための行動様式とみられてきた。そして、近時では、大量取引行動様式あるいは「組織的」行動様式でもあることが強調されてきていることは、既に指摘したところである。<sup>(1)</sup>しかし、いずれにしても、本人のための行動様式としての認識の域を超えるものではない。これに対して、提言では、本人・代理人・相手方三者にとつての、一つの「ビジネスモデル」であり、本人・代理人・相手方三者「代理システム」利用行動様式として私法上、秩序づけることが重要とする。では、将来はともかく、現在の「代理」行動様式の利用状況は、これを裏付ける状況にあるかである。これに応えるには、実態調査を必要とすることはいうまでもないが、本稿では、「代理」に関する裁判事例(第一法規・DI = Law 収録判例)を分析することによって、その一端を垣間見、補論として置きたい。

### 1 「代理」行動様式に係わる裁判事例

代理に関する裁判事例として、第一法規・DI = Law 収録判例には約一八〇〇事例が存在する。<sup>(2)</sup>その代理関係条文

別表・「代理」行動様式に係わる裁判事例（第一法規・D1＝Law（判例体系）より）

代理規定	事例数	代理規定	事例数	代理規定	事例数	代理規定	事例数
九九条	三八四	一〇四条	一七	一〇九条	一六一	一一五条	六
一〇〇条	二四	一〇五条	五	一一〇条	六六〇	一一六条	三三
一〇一条	三八	一〇六条	三	一二二条	六八	一二七条	四七
一〇二条	一	一〇七条	一二	一二三条	一八四	一二八条	二
一〇三条	一二	一〇八条	一二〇	一二四条	三	総計	一七九八

## 2 「代理」行動様式利用状況

「任意代理」行動様式に関する裁判事例のうち平成一〇年以降の六七裁判事案につき、「任意代理」行動様式の利用状況を推測分析した状況は、次のようである。その推測に当っては、(a)本人の私的自治の拡張と推測される裁判事案については、本人⇨個人、代理人⇨個人ないし弁護士などの専門職者、相手方⇨個人で、行為態様としては個人間行為である場合、(b)本人の分業化と推測される裁判事案については、本人⇨個人、代理人⇨個人、相手方⇨企業などの組織体で、行為態様としては取引行為である場合、(c)代理人の利益と推測される裁判事案については、本人⇨個人な

いし企業、代理人≡個人ないし組織人、相手方≡個人ないし企業で、行為態様としては代理人自身の利益目的行為とみられる場合、(d)相手方のビジネスのための利用と推測される裁判事案については、本人≡個人、代理人≡個人、相手方≡企業で、行為態様としては取引行為の場合、(e)本人・代理人・相手方三者ビジネスモデルと推測される裁判事案については、本人≡企業などの組織体、代理人≡従業員・役職者などの組織人、相手方≡企業などの組織体で、行為態様としては取引などビジネス行為の場合を、準則とした。その結果、(b)本人の分業化と推測される裁判事案では、(d)相手方のビジネスのための利用と推測される場合がほとんどであること、また(c)代理人の利益と推測される裁判事案も(d)相手方のビジネスのための利用と推測される場合がほとんどであり、(b)、(c)については、それが単独で「代理」行動様式が用いられていると推測される裁判事案はみられなかった。

(1) 本人の私的自治の拡張と推測される裁判事案（五裁判事案）

①東京地判平成一九年三月二七日土地建物所有権移転登記等請求事件（判時一九八〇号九八頁）

本人（訴外）≡個人、代理人（原告）≡弁護士、相手方（被告）≡個人、行為態様≡本人と相手方の死因贈与契約執行、法的争点≡一〇八条違反

②東京地判平成一八年七月六日損害賠償請求事件（判時一九六七号九六頁）

本人（訴外）≡個人、代理人（被告）≡個人（本人の事実上の妻）、相手方（訴外）≡個人（不動産購入者）、原告≡個人（死因贈与受贈者）、行為態様≡死因贈与対象不動産の売買契約締結、法的争点≡署名代理

③大阪地判平成一八年五月二五日遺産分割協議無効確認請求事件（判タ一二三四号一六二二頁）

本人（原告）≡個人（共同相続人）、代理人≡個人（相手方）、相手方（被告）≡個人（共同相続人）、行為態様≡遺産分割協議、法的争点≡一〇八条違反

④最判平成一八年二月二三日（民集六〇巻二号五四六頁）・福島高判平成一五年三月二八日・大分地判平成一四年四月一九日所有権移転登記抹消登記手続請求控訴事件

本人（原告・控訴人・上告人）≡個人、代理人（被告・被控訴人・被上告人）≡個人、相手方（被告・被控訴人・被上告人）≡個人、行為態様≡代理人名義で不動産売買契約締結、法的争点≡九四条二項及び一一〇条類推適用

⑤東京地判平成一三年六月二八日建物明渡請求事件（判タ一一〇五号一五七頁）

本人（原告）≡個人、代理人≡個人（本人の次女・不動産管理者）、相手方（被告）≡個人（飲食店経営）、行為態様≡管理権消滅後の不動産賃貸借契約締結、法的争点≡一二条の適用・一一六条の追認

以上、「代理」行動様式が、専ら、本人の私的自治の拡張として利用されていると推測される裁判事案は、平成一〇年以降は六七事案中五事案にすぎない。平成一〇年以前についてみれば、それより多数の裁判事案が存在するものと推測されるが、現在及び将来の社会に対応するための秩序づけに当っては、かかる利用状況にあることを前提として秩序づけのための法理を探究することが要請されることは確認できたものと思われる。

## (2) 本人の分業化と相手方のビジネス利用と推測される裁判事案（一五裁判事案）

①東京地判平成二二年一二月二四日債務不存在確認等請求事件（判タ一三三〇号一四五頁）

本人（原告）≡個人、代理人≡個人、相手方（被告）≡証券会社、行為態様≡株式信用取引、法的争点≡名義貸し責任  
②最決平成二〇年五月一日（金法一八四二号一〇三三頁）・大阪高判平成一九年二月一八日・大津地判平成一九年六月二九日保証債務履行請求控訴事件

本人（訴外）≡個人、代理人（申立人）≡個人、相手方（相手方）≡保証協会、行為態様≡保証委託契約締結、法的争点≡無権代理人の責任

③東京高判平成一七年三月三一日貸金請求控訴事件（判タ一一八六号九七頁）

本人（控訴人） 〓 個人、代理人 〓 個人、相手方（被控訴人） 〓 銀行、行為態様 〓 融資契約と変額保険契約締結、法的争点 〓 代理人の錯誤

④札幌地判平成一七年二月一〇日債務不存在確認請求事件（金商判一二二二号四八八頁）

本人（原告） 〓 個人、代理人 〓 個人（本人の長男）、相手方（被告） 〓 保険会社、行為態様 〓 契約者貸付契約、法的争点 〓 代理権の授与・一一〇条表見代理

⑤大阪高判平成一七年二月三日損害賠償請求控訴事件（金商判一二二二号五一頁）

本人（控訴人） 〓 個人、代理人 〓 個人（本人の妻）、相手方（被控訴人） 〓 銀行、行為態様 〓 当座貸越契約に伴う信用情報機関への登録、法的争点 〓 登録合意の代理

⑥大阪地判平成一六年一月九日預金払戻請求事件（金商判一二二〇号五五頁）

本人（原告） 〓 個人、代理人 〓 個人（本人と別居の妻）、相手方（被告） 〓 銀行、行為態様 〓 夫（本人）の定期預金解約払戻、法定争点 〓 一一〇条表見代理

⑦最判平成一五年六月二三日（判時一八三一号九九頁）・大阪高判平成一四年三月二六日・大阪地判平成一三年一月一

八日所有権移転登記抹消登記手続等請求事件

本人（上告人） 〓 個人、代理人 〓 相手方不動産会社代表者、相手方（被上告人） 〓 不動産会社・転得会社、行為態様 〓 本人が代理人に白紙委任状を交付し代理人が売買代金を受け取ることなく自己を代表者とする会社に売買契約を原因とする所有権移転登記、法的争点 〓 一一〇条法意の適用

⑧東京高判平成一二年一月二九日貸金等請求控訴事件（判時一七四一号八二頁）

本人（訴外）≡個人、代理人（被控訴人）≡個人（妻）、相手方（控訴人）≡銀行、行為態様≡署名代理による連帯保証契約締結、法的争点≡無権代理人の責任

⑨大阪地判平成一二年七月一八日連帯保証債務履行請求事件（金法一五九八号五三頁）

本人（被告）≡個人、代理人≡個人（本人の妹）、相手方（原告）≡銀行、行為態様≡本人の夫に対する貸付に伴う連帯保証契約締結、法的争点≡本人名義の署名・一一〇条表見代理

⑩東京地判平成一二年四月二六日通話料金請求控訴事件（金商判一一一五五六頁）

本人（被控訴人）≡個人、代理人≡個人、相手方（控訴人）≡通信公社、行為態様≡本人の健康保険証などを使用し、ての携帯電話通話契約、法的争点≡代理権の授与・無権代理行為の追認

⑪最判平成一二年二月五日（金法一五四八号二七頁）・名古屋高判平成八年七月三日株券等返還等請求事件

本人（訴外）≡個人、代理人（上告人）≡個人、相手方（被上告人）≡証券会社、行為態様≡株式取引、法的争点≡無権代理人の責任

⑫東京地判平成一二年九月二二日貸金請求事件（金商判一〇九二号四四頁）

本人（被告）≡個人、代理人≡個人、相手方（原告）≡銀行、行為態様≡本人名義の連帯保証契約、法的争点≡一一〇条の類推適用

⑬東京地判平成一二年六月二三日建物根抵当権設定登記抹消登記請求事件（金商判一一〇〇号五五五頁）

本人（原告）≡個人、代理人≡個人（A社代表者B≡本人の妹）、相手方（被告）≡信用金庫、行為態様≡A社債務のための物上保証契約締結、法的争点≡一一〇条表見代理

⑭東京地判平成一二年六月一〇日土地建物根抵当権設定登記抹消登記請求事件（金商判一一〇〇号四九頁）



本人（原告）≡個人、代理人≡個人（所在不明）、相手方（被告）≡銀行、行為態様≡代理人と相手方銀行との銀行取引に伴う本人の不動産上に根抵当権設定、法的争点≡一〇九条表見代理

⑮最判平成一〇年七月一七日根抵当権設定登記抹消登記手続請求本訴（民集五二卷五五号一二九六頁）

本人（上告人）≡個人、代理人≡個人（本人の長男）、相手方（被上告人）≡銀行・保証協会、行為態様≡根抵当権設定契約、法的争点≡無権代理と相続

以上の裁判事案については、本人の側からみると、「代理」行為様式は、(a) 本人の私的自治の拡張として用いられているともみることができると、これを加えると本人の私的自治の拡張と推測される裁判事案は六七事案中二一事案ということになる。ただ、これらの裁判事案は、取引行為においてであることから、(b) 本人の事務の分業化のためのものとも推測することができると共に、注目しなければならないことは、単に、本人の私的自治の拡張あるいは本人の分業化のために留まらず、(d) 相手方がビジネスの手段として用いているものと推測される点である。任意代理法理の探究においては、相手方の「代理」行動様式への係わりを無視することができないことを暗示する裁判事案とみてよいものと思われる。

### (3) 代理人の利益及び相手方のビジネス利用と推測される裁判事案（三裁判事案）

①東京地判平成一五年一二月一九日貯金返還等請求事件（判タ一一九八号二八二頁）

本人（原告）≡個人、代理人≡個人（内縁の妻）、相手方（被告）≡郵政公社、行為態様≡定額預金払戻請求、法的争点≡代理権限の存否

②札幌地判平成一二年三月一七日貸金請求控訴事件（判タ一〇八九号一七二頁）

本人（被控訴人）≡個人、代理人≡個人（友人）、相手方（控訴人）≡金融会社、行為態様≡本人キャッシングカード

を用いての自動契約機による消費貸借契約、法的争点Ⅱ一一〇条表見代理

③福岡地判平成二十一年一月二五日求償金請求事件（判タ九九七号二九六頁）

本人（被告）Ⅱ個人、代理人Ⅱ個人（キャッシュカード詐欺者、相手方（原告）Ⅱ銀行（代位弁済者Ⅱクレジットカード会社）、行為態様Ⅱ本人のキャッシュカードを用いての現金自動支払機による当座貸越取引、法的争点Ⅱ表見代理

「代理」行動様式が、専ら、(c)代理人の利益のために用いられている裁判事案は、他にも、多数あるものと思われる。ここでは、明白に、本人のためとは推測されない裁判事案のみを取り上げたに過ぎない。そして、このような裁判事案においても注目されるのは、本人の分業化のための場合と同様に、(d)相手方がビジネスの手段として用いているものと推測される点である。

(4) 三者ビジネスモデルとしての利用と推測される裁判事案（三七裁判事案）

①東京地判平成二十二年四月二一日土地建物所有権移転登記等請求事件（判タ一三三六号一六一頁）

本人（原告）Ⅱ会社、代理人（被告）Ⅱグループ会社、相手方（被告）Ⅱ会社、行為態様Ⅱ不動産売買取引、法的争点Ⅱ包括代理権の存否

②仙台高判平成二十二年一〇月二八日工事代金請求控訴事件（判例時報二〇七七号五八頁）

本人（訴外）Ⅱ会社、代理人（控訴人）Ⅱ会社、相手方（被控訴人）Ⅱ県、行為態様Ⅱ代理受領、法的争点Ⅱ相殺の効力

③東京地判平成二十二年六月一七日売掛代金請求事件（判タ一三二〇号一五〇頁）

本人（被告）Ⅱ情報提供会社、代理人Ⅱ情報提供会社社長秘書、相手方（原告）Ⅱ旅行等会社、行為態様Ⅱ新幹線回

数券等注文、法的争点Ⅱ一〇条表見代理

④東京地判平成二二年一月二八日協賛金等請求事件（判タ一三〇八号二四一頁）

本人（被告）Ⅱ会社、代理人Ⅱ会社の営業部長、相手方（原告）Ⅱテレビ放送会社、行為態様Ⅱテレビショッピング番組協賛契約締結、法的争点Ⅱ一〇条表見代理

⑤知的高判平成二〇年九月三〇日商標權使用權確認請求控訴事件

本人（控訴人）Ⅱ台湾有限公司、代理人Ⅱ会社、相手方（被控訴人）Ⅱ電気会社、行為態様Ⅱ商標使用許諾、法的争点Ⅱ表見代理

⑥東京高判平成二〇年七月三一日保險証券引渡等請求控訴（判時二〇一七号六二頁）

本人（控訴人）Ⅱ生命保險会社、代理人Ⅱ生命保險会社のお客様相談室長、相手方（被控訴人）Ⅱ個人、行為態様Ⅱ保險契約の年金増額特約、法的争点Ⅱ一〇条表見代理

⑦東京地判平成一九年四月二七日目隠設置等請求事件（判時一九九〇号三四頁）

本人（被告）Ⅱマンション建築会社、代理人Ⅱ建築会社担当者、相手方（原告）Ⅱ個人、行為態様Ⅱ建築紛争合意（目隠し設置）、法的争点Ⅱ代理權の存否

⑧東京地判平成一九年四月一〇日売買代金請求事件（判時一九九七号七一頁）

本人（被告）Ⅱ町、代理人Ⅱ町長、相手方（原告）Ⅱリース会社、行為態様Ⅱ有機性廃棄物リサイクル設備購入契約、法的争点Ⅱ代表權の存否・一〇条表見代理

⑨東京地判平成一八年一〇月二七日売買代金請求事件（判時一九七二号九六頁）

本人（被告）Ⅱ販売会社、代理人Ⅱ販売会社従業員、相手方（原告）Ⅱトラベル会社、行為態様Ⅱ乗車券大量販売取

引、法的争点Ⅱチケット発注権限の存否・一一〇条表見代理

⑩さいたま地判平成一八年二月二二日損害賠償代位請求事件（判例地方自治二八一号三三三頁）

本人Ⅱ町、代理人Ⅱ町長、相手方Ⅱ元町長、住民訴訟（原告）、行為態様Ⅱ本人（町）と相手方（元町長）間の物件移転補償契約、法的争点Ⅱ一〇八条違反

⑪東京地判平成一八年三月一七日預金返還請求事件（判タ一二三六号二二七頁）

本人（被告）Ⅱ銀行、代理人Ⅱ銀行支店長、相手方（原告）Ⅱ個人（預金者）、行為態様Ⅱ預金商品取引、法的争点Ⅱ預金商品開発販売権限

⑫大阪高判平成一七年九月二九日損害賠償請求控訴事件（判時一九二五号一五七頁）

本人ⅡA社（代表取締役Y）、代理人（被控訴人）ⅡB社（代表取締役Y）、相手方（控訴人）Ⅱ販売会社、行為態様Ⅱ相手方から仕入れた製品を子会社B社の代表取締役が親会社A社に転売、法的争点Ⅱ代表取締役の双方代理・一一六条の追認

⑬東京地判平成一七年七月二六日合意履行請求事件（判時一九八三号八六頁）

本人（原告）Ⅱ不動産会社、代理人Ⅱ工事計画室長、相手方（被告）Ⅱ建築会社、行為態様Ⅱ工事協定書・建築協定書締結、法的争点Ⅱ協定書締結権限

⑭仙台高判平成一八年七月七日損害賠償請求控訴事件（判例地方自治二九四号一〇頁）

本人（被告）Ⅱ町、代理人Ⅱ助役、相手方（原告）Ⅱ元請会社、行為態様Ⅱ代理受領の確認書に署名捺印、法的争点Ⅱ一〇〇条ただし書き

⑮札幌地判平成一七年三月一八日貸金請求事件（判タ一二一八号二九〇頁）

本人（被告） 建設設計会社、代理人 個人営業者、相手方（原告） 個人、行為態様 営業資金借入、法的争点 本人会社事務所名義使用・一一〇条表見代理

⑯札幌地判平成一七年二月一八日立替金請求事件（判タ一二〇八号一九三頁）

本人（被告） 個人、代理人 販売会社元従業員、相手方（原告） 信販会社、行為態様 本人・A社間の売買代金についての立替払契約、法的争点 一一〇九条表見代理

⑰大阪地判平成一六年十一月二五日違約金等請求本訴事件（判時一九〇一号一〇六頁）

本人（被告） 菓子製造販売会社、代理人 常務取締役、相手方（原告） 模型製造販売会社、行為態様 著作権使用許諾契約による許諾料（ロイヤルティ）や違約金約定、法的争点 一一六条の追認

⑱東京地判平成一六年八月三一日譲受債権請求事件（金商判一二二六号三四頁）

本人（被告） 会社及び個人、代理人 個人（会社代表取締役）・代表取締役の妻、相手方（原告） 信用組合（債権回収機構）、行為態様 連帯保証契約

⑲最判平成一六年七月一三日世界デザイン博覧会住民訴訟上告審判決（最判五八卷五号一三六八頁）・名古屋高判平成一一年一二月二七日

本人 市、代理人（被告） 市長、相手方 財団法人（会長市長）、住民訴訟（原告）、行為態様 市が協会の物品等の購入等のために行った契約、法的争点 市長の一〇八条違反・一一六条の追認

⑳東京地判平成一六年四月九日運送賃請求事件（判時一八六九号一〇二頁）

本人（被告） 運送会社、代理人 運送会社の現地法人又は代理店、相手方（原告） 海運会社、行為態様 国際海上運送契約締結、法的争点 顕名

②1 東京地判平成一六年二月二三日旅行代金請求事件（判タ一一五九号二四二頁）

本人（被告）≡ コンサルティグ会社、代理人 ≡ コンサルティグ会社従業員、相手方（原告）≡ 旅行会社、行為態様 ≡

JR 乗車券等の大量購入申込み、法的争点 ≡ 代理権限の存否・一〇九条表見代理・一二二条表見代理

②2 東京地判平成一五年二月二一日保険還付金等請求事件（判時一八二〇号六六頁）

本人（被告）≡ 国、代理人 ≡ 郵便局外務員、相手方（原告）≡ 会社、行為態様 ≡ 高額利回と説明した簡易生命保険締結、法的争点 ≡ 一一〇条表見代理

②3 名古屋地判平成一五年一二月一〇日交通民集三六卷六号一五九二頁・名古屋地判平成一五年一二月一日

本人（原告）≡ 保険会社、代理人 ≡ 保険会社代理店、相手方（被告）≡ 会社、行為態様 ≡ 自動車損害保険金支払約束、法的争点 ≡ 代理権限の存否・一一〇条表見代理

②4 大阪地判平成一五年一〇月二八日学納金返還請求事件（判タ一一四七号二二三頁）

本人 ≡ 権利能力なき社団たる大学後援会及び学園発展協力会、代理人（被告）≡ 私立大学、相手方（原告）≡ 個人、行為態様 ≡ 大学後援会費及び学園発展協力会費受領、法的争点 ≡ 受領権限の存否

②5 大阪高判平成一五年九月一八日銀行預金口座預金者確認請求控訴事件（金法一六九三号八六頁）

本人（控訴人）≡ 宗教法人（寺）、代理人 ≡ 前宗教法人の代表役員、相手方（被控訴人）≡ 銀行、行為態様 ≡ 宗教法人と銀行との預金口座の解約と預金の受領、法的争点 ≡ 一二二条表見代理

②6 山形地判平成一四年一〇月二二日損害賠償代位請求事件（判タ一一四〇号一四七頁）

本人 ≡ A 町、代理人（被告）≡ A 町町長、相手方 ≡ A 町第三セクター、住民訴訟（原告）、行為態様 ≡ 町有地砂利売却契約、法的争点 ≡ 一一〇八条違反・議会追認

②⑦ 東京高判平成二二年九月二八日求償金請求控訴事件（判時一七三五号五七頁）

本人（被控訴人）≡個人、代理人≡個人（自動車販売業）、相手方（控訴人）≡信販会社、行為態様≡本人名義の架空オートローン契約締結、法的争点≡一〇九条表見代理・一一〇条表見代理

②⑧ 東京地判平成二二年八月三一日土地建物根抵当権設定登記抹消登記請求（判時一七五一号九七頁）

本人（原告）≡不動産会社（同族会社）、代理人≡個人（不動産会社代表者及び代表者の妻）、相手方（被告）≡銀行、行為態様≡根抵当権設定契約、法的争点≡代理権限の存否・一一〇条表見代理

②⑨ 福島地会津若松支判平成二二年七月二七日保証債務金請求事件（判タ一一〇一号二〇二頁）

本人（原告）≡信販会社、代理人≡信販会社提携小売店代表者、相手方（被告）≡個人、行為態様≡小売店代表者の詐欺による求償債務保証、法的争点≡代理権限の存否

③⑩ 東京地判平成二二年九月二八日貸金請求事件（金商判一〇九二号三四頁）

本人（被告）≡学校法人、代理人≡学校法人理事長、相手方（原告）≡旅行サービス会社、行為態様≡金銭借入、法的争点≡一一〇条表見代理

③⑪ 東京地判平成二二年九月一四日貸金等請求事件（金商判一〇九五号四八頁）

本人（被告）≡個人（A会社代表者）、代理人≡個人、相手方（原告）≡銀行、行為態様≡本人の妻の指示でA会社の債務につき本人名義により連帯保証、法的争点≡代理権限の授与・一一〇条表見代理

③⑫ 長野地判平成二二年七月七日請負代金請求事件（判タ一〇三五号一六六頁）

本人（被告）≡ペーパー共同事業体構成会社、相手方≡元請負人（ペーパー共同事業体構成会社）、相手方（原告）≡下請負人（施設会社）、行為態様≡施設設備下請契約、法的争点≡一〇九条類推適用・一二二条表見代理

③③ 広島地判平成一年三月二九日約束手形金請求事件（判タ一〇一一号二四四頁）

本人（被告） 〓 電気会社（下請会社）、代理人 〓 元請会社の従業員、相手方（原告） 〓 信用組合、行為態様 〓 本人会社代表者名義と印を用いての約束手形振出、法的争点 〓 権利外観法理

③④ 札幌地決平成一〇年三月二〇日不動産仮差押異議申立事件（判タ一〇四九号二五六頁）

本人（債権者） 〓 建設会社（請負会社）、代理人 〓 建物増改築請負契約の監理者、相手方（債務者） 〓 ホテル会社（注文会社）、行為態様 〓 変更工事契約や追加工事契約を締結、法的争点 〓 代理権限の存否

③⑤ 福岡高判平成一〇年二月五日不当利得返還請求控訴事件（金商判一〇四六号四六頁）

本人（控訴人） 〓 会社（相手方から商業手形割引取引権限の授与されている会社）、代理人 〓 本人会社取締役、相手方（被控訴人） 〓 銀行、行為態様 〓 相手方銀行から借り入れて本人会社名義の約束手形振出、法的争点 〓 一一〇条表見代理

③⑥ 東京高判平成一〇年一月二九日補償金等支払請求控訴事件（判時一六八三号一二二頁）

本人（被控訴人） 〓 市、代理人 〓 市の都市計画部長と土地区画整理事務所長、相手方（控訴人） 〓 造船会社、行為態様 〓 土地区画整理事業に伴う差額補償確約書作成、法的争点 〓 一一〇条表見代理

③⑦ 東京地判平成一〇年一月一九日損害賠償請求事件（判時一六四八号七九頁）

本人（訴外） 〓 会社、代理人（被告） 〓 会社、代表相手方（原告） 〓 会社、行為態様 〓 譲渡性預金譲渡取引、法的争点 〓 無権代理人の責任

以上は、「代理」行動様式を、(e)本人・代理人・相手方三者がビジネスモデルとして用いているものと推測される裁判事案である。平成一〇年以降の裁判事案六五事案のうち、三七事案にも及んでいるのが注目される。



(5) 「代理」行動様式利用状況の評価

以上のような「任意代理」行動様式の利用状況分布からいえることは、「任意代理」行動様式は本人の私的自治の拡張ないし本人の分業化のために用いられていることは否定できないものの、それ以上に本人・代理人・相手方三者のビジネスモデルとして用いられている裁判事案の多いことである。それに加えて、本人の私的自治の拡張ないし本人の分業化のために用いられていると推測される裁判事案についても、相手方がビジネスのために用いているものと推測される裁判事例が一九事案もあり、三者ビジネスモデルとして用いられている裁判事案と合わせると、六五裁判事案中五五事案にも及び、「任意代理」行動様式を私法上、秩序づけに当たっての「提言」を裏付けるものと評することができる。

もつとも、ここでの「任意代理」行動様式利用状況の分析は、裁判事案に限定したものである。すなわち、裁判になるという異常な場面を素材としたものである。このため「任意代理」行動様式が、正常に用いられている場面とは様相が異なるものであることは、想像に難くない。すなわち、「任意代理」行動様式が、正常に用いられる場面では、本人の私的自治の拡張あるいは本人の分業化のためである場合が多いのかもしれない。しかし、「任意代理」規律が、裁判規範でもあることからすると、異常な場面であるとはいえず、それに適切に対応するには本人・代理人・相手方三者「代理システム」利用行動様式として、私法上、秩序づける必要があるものと思われる。

注

(1) 拙稿・前掲書六五頁以下参照。

(2) ただし、第一法規・DI=Law 収録の方針として、争点毎に一事例として収録されていることから、一つの裁判事案が複数の事例としてカウトされたり、審級毎にカウトされていることから、裁判事案としての件数というわけではないことに留意すべきである。

### 3 裁判事例に現れた「任意代理」行動様式の法的争点

「任意代理」行動様式を、私法上、秩序づけるに当っては、本人・代理人間の直接当事者効果発祥については「効果意思」を規範原理として「第一規律課題」次元で規律すること、「任意代理」行動様式を用いることによって生ずる「代理リスク」への対応については、「効果意思」とは異なる「信賴関係」を規範原理として「第二規律課題」次元で規律するという、規範原理を異にする多次元的規律を必要とすること、そして、「代理」行動様式が「安心安全な法的行為」として、私法上、秩序づけるには、後者の「代理リスク」に対応するための法理を用意する必要がある、かつ後者の規律こそが重要性をもつものであると提言した。

そこで、現行民法の代理規定についてみると九九条～一〇〇条、一〇二条～一〇七条、一一一条、一一八条は「第一規律課題」次元の規律であり、一〇八条～一一七条が「第二規律課題」次元の規律であり、一〇一条は両者が混在するという状態にあるものといえる。すなわち、約半数の規定が「第二規律課題」次元の規律である。そこで、これを前述の裁判事例でみると、「第一規律課題」次元の規律に係わるものが約四八〇事例、「第二規律課題」次元の規律に係わるものが約一二八〇事例、両者が混在する一〇一条に関するものが三八事例と、「第二規律課題」次元の規律に係わる裁判事例が圧倒的に多数を占めている状況がみられるのである。すなわち、本人・代理人・相手方三者「代理システム」利用行動様式であることを前提として、「代理」行動様式の安全安心の保障と促進の観点から、「信賴関係」を規範原理として「第二規律課題」次元の規律の重要さを物語るものであるといえる。

## 二 「代理」行動様式と類似制度

### 1 「法定代理」行動様式の法理

「代理法理の探究」では、「法定代理」行動様式については、「任意代理」行動様式の場合とは異なる「機関法理」の形成によるのが妥当として、その検討を留保した。<sup>(1)</sup>しかし、従来の支配的見解は、両者を区別することなく、同一法理により規律するのが妥当としてきたことから、本稿では、この提案につき、若干、敷衍して置きたい。

民法は、自然人に関して、その判断能力が充分でない者について、それを補充するための制度を用意している。未成年者については、親権者が、その財産の管理かつ財産に関する法律行為を代表するものとし（民法八二四条）、成年被後見人については、成年後見人が、その財産の管理かつ財産に関する法律行為を代表するものとし（民法八五九条一項）、被保佐人については、保佐人が特定の法律行為について代理するものとし（八七六条の四第一項）、被補助人については、補助人が特定の法律行為について代理するものとし（八七六条の九第一項）ている。自然人が不在者となつて自己の財産を管理できない場合には、不在者の財産管理人を選任して、その財産の管理について、民法二七条及び二八条の範囲で必要な処分を行うことができるもの（民法二五条）としている。自然人が死亡して、その遺産を保存、管理できない場合には、相続財産管理人を選任し、その遺産の管理（八九五条一項）、相続財産の保存（九一八条二項・三項）、相続財産の管理（九四三条一項、九五二条一項）、について、民法二七条及び二八条の範囲（八九五条二項、九一八条三項、九四三条二項、九五三条）で行うことができるとしている。自然人の遺言の執行については、

遺言執行者がいない場合は、それを選任し（一〇一〇条）、遺言執行者は相続財産の管理その他遺言の執行に必要な一切の行為（一〇一二条一項）を、相続人の代理人（一〇一五条）として行うものとしている。すなわち、民法は、自然人の能力を補充し、自然人が自己の財産管理ができない状態にある場合の財産の管理を補充し、自然人が死亡した場合の遺産の保存・管理を補充し、自然人の遺言執行を補充する者を、法定により用意している。そして、これらの者を、講学上、法定代理人とみるのが一般的見解である。このような法定代理人は、当該自然人の意思に基づくことなく、当該自然人の自己決定自己規律（私的自治）を補充する者である。

そこで、問題は、このような「法定代理」行動様式を、「任意代理」行動様式と基本的には同様として、私法上、秩序づけることができるかである。かつて支配的見解であった代理人行為説では、「代理」行動様式では、代理人の効果意思に基づいて本人と相手方間に当事者効果が直接帰属させることができるものであると法的構成していたことから、「任意代理」行動様式の場合は本人の意思に基づいて代理人に代理権限が授与されているのに対して、「法定代理」行動様式では法定により代理人に代理権限が授与されている点では異なるものの本質的には同質の法理により規律することができると解してきた。これに対して、Miller-Freienfels が「代理」行動様式と自己決定自己規律（私的自治）の原則との調和の観点から、これを批判し、本人の効果意思こそが本人と相手方間に当事者効果を直接帰属させるものであると法的構成する必要があることを提唱した。高橋教授によれば、これを契機として、ドイツ代理法では、代理人行為説は支配的見解であるにとどまらず通説的地位も失われたとまで評されている。そして、それに代わるものとして、様々な本人意思重視構成が試みられてきている。この結果、本人の意思を観念することのできない「法定代理」行動様式は、論理的には異なるものとして秩序づけることが求められることになろう。現に、Miller-Freienfels は、統一要件論の立場から、法定代理では、本人の側の一人（法定代理人）だけが欲しているだけにすぎず、法定代理人の行

為は法律行為ではなく、本人は完全な *Freundbestimmung* に任せられ、本人に効果が生ずるもので、「任意代理」行動様式とは異なるものであるとし、ただ、利益評価が適当である限りでは、法定代理人の行為に法律行為に関する規定を適用することは妨げないとする。<sup>(2)</sup> Flume は、法定代理は本人の私的自治との関係では説明できないことを指摘するが、法定代理も任意代理も内部関係に拘束されるという共通性に注目して、統一的解釈を展開する。<sup>(3)</sup> Thiele は、法定代理は私的自治と調和するものではないことから、法定代理と任意代理とを分離して法的構成すべきであるが、法定代理人の行為は法律行為であることには変わりはないとする。<sup>(4)</sup> Pawlowski は、任意代理人は本人の補助者にすぎないが、法定代理人は本人の代表者であるとともに、この差異は制定法の規律が認識させる以上の違いにあるとして本質的に異なるものとみる。<sup>(5)</sup> また、わが国では、今日、代理人行為説に立ちながら、代理の効果が本人に帰属する根拠を代理権限授与に求め、「単に、代理人の効果意思の結果ではなく、総体としての要件が本人のもとでととのっている」からだとみる有力見解からすると、法定代理は別異なものといわざるを得ないであろう。このような学説の動向を踏まえてか、民法（債権法）改正検討委員会案では、任意代理と法定代理間には質的な違いのあることは無視するわけではないと断りながら、法律行為の行為者と当事者が異なる場合に法律行為の当事者を確定するための規範を整備するのが「代理」であるとの観点からすれば一括して規律することには意味があると提言する。<sup>(7)</sup>

もつとも、このような任意代理と法定代理が質的に異なるものであるとする見解に対して、本人行為説を復権させるものと評されている Beuthien は、代理は代理人の表示補助を用いた本人の間接的な自己行為であり、かつ本人は代理人によって表示された意思を自ら有効に形成しまたは表示し得ることを前提とするものではないことから、任意代理と法定代理は法的ドクマテツシュに統一的な制度として把握することが可能であるとする。<sup>(8)</sup> わが国でも、本人行為説に立つ浜上教授も、代理の内容が法律行為であろうがなかろうが代理の本質にとつては無関係であり、本人に代

わって行為することこそ代理の本質である。かかる観点からの任意代理、法定代理、代理占有が代理として統一的理解することが可能であるとし、本人意思重視構成に立つ高橋教授は任意代理と法定代理は意思表示をする者とは別の者を拘束するという共通性があり、代理人が意思の活動面（意思の行使）を担当し、任意代理においては、法律行為、すなわち *Regelung* の当事者が本人であつたと同じく、法定代理においても法律行為、すなわち *Regelung* の当事者が本人であるとして統一的理解が可能であるとみる。<sup>(9)</sup> これらの見解は、民法（債権法）改正検討委員会案における提言と共通性するものでもある。また、代理を *Freundwirkung* として構成する辻教授は「任意代理にあつたては、授權行為によつて示された本人の意思（抽象的效果意思＋代理人の行為の効果を全面的に引き受ける意思）と代理行為によつて示された代理人の意思（具体的效果意思＋自己の行為の効果を全面的に本人に帰属させる意思）」とが融合し、本人に帰属すべき法律効果を惹起する」のに対して、「法定代理にあつては、法定の権限（これが本人の意思に代わる）は代理行為によつて示された法定代理人の意思（具体的效果意思＋自己の行為の効果を全面的に本人に帰属させる意思）」とが融合して、本人に帰属すべき法律効果を惹起する」もので、法定代理も任意代理と同様に本人と代理人の共同意思の融合によるものとみることができるとする。<sup>(11)</sup>

ところで、以上のような従来の論議は、「任意代理」行動様式を A（本人）・B（代理人）… C（相手方）の構図と捉えていることの結果である。かかる構図を前提とするときは、本人への効果帰属の根拠づけを、従来の支配的見解であつた代理人行為説のように B の意思に求めるときは任意代理と法定代理とは質的に異なる行動様式ではないことになる。しかし、これでは、本人の私的自治と整合するものでないことは指摘されているところである。そこで、本人行為説や統一要件論あるいは本人意思重視構成のように A ないし A・B の意思に求めるときは法定代理では本人の意思を観念することができないことから任意代理と法定代理は本質的に異なる行動様式として規律することが必要に

なる。もっとも、法定の権限授与を本人の意思と擬制する見解からすれば、異なるものではないことになるが、かかる擬制を用いて統一的に規律することは論理的には許容されるものではないであろう。このように「任意代理」行動様式を本人の私的自治との整合したものととして規律するとの立場からは、任意代理と法定代理は質的に異なる行動様式であるものの、上記の構図に戻ってみれば、A（効果帰属者・法律行為の当事者） $\neq$  B（法律行為の行為者）という構図としては共通するところがあり、この点に注目するときは、一括して規律することも許容される。さらには、A $\neq$  B $\neq$  Cの構図から生ずるリスク現象も共通すると共に、これへの対応の仕方についても若干の修正を加えるだけで共通したものとして規律することが許容されることになる。

しかし、私見のように「任意代理」行動様式をA・B・C三者協働の関係にあるものとして捉え、「三当事者法律行為」<sup>(12)</sup> 形象として法的構成する立場からすると、Aの意思を観念することのできない法定代理は、質的に、異なる行動様式であり、現象的には類似するようにみえるが、法的には共通する要素のない行動様式ということになる。すなわち、「三当事者法律行為」形象として法的構成する立場では、A意思・B意思・C意思が協働することによって本人・相手方間に当事者効果が発祥帰属するものとみることから、Aへの効果発祥帰属はAの意思に基づくもので「自己効」ということになる。これに対して、「法定代理」行動様式では、Aの意思を観念することができないことから、Bの意思行為の結果としてAに効果を帰属させることができる行動様式、Aへの効果帰属は「他人効」ということになる。このため、「法定代理」行動様式は、授權や第三者のためにする契約などと同様にBがCと行為をし、法的効果がAに帰属する関係、すなわちA $\neq$  B $\neq$  Cの構図の域を出るものではないという質的な差異が存在することになる。また、その「代理」行動様式から生ずるリスク現象は現象的には類似するものの、「任意代理」行動様式では本人・代理人・相手方三者「代理システム」利用行動様式であることを前提としてリスク処理をする必要があるのに対して、「法定代

理」行動様式ではAの私的自治の補充という利益のための行動様式であることを前提としてリスク処理をするという決定的な違いが生ずることになる。このことは、民法（債権法）改正検討委員会案でも、任意代理と法定代理を一括して規律することには意味があると提言しながらも、代理リスク処理の対応に当って最も重要な表見代理規律につき、その適用を排除するのが妥当との見解がみられることから伺い知ることができよう。<sup>(13)</sup>

そこで、「法定代理」行動様式は、このように「任意代理」行動様式と統一して規律することが妥当ではないとすると、どのような法理により規律するのが妥当かが問題になる。A・B・Cの構図として捉えることができる点では、授權や第三者のためにする契約と共通することから、これらと同様に *Freundwirkung*（他人効）法理により規律することがまず考えられる。しかし、本人に法的効果の生ずる根拠は他人効としてある点では共通するものの、授權や第三者のためにする契約の場合に、これに加えて本人による権限の授与や本人の受益の意思表示という本人による効果帰属意思をも観念して構成できるのに対して、「法定代理」行動様式では本人の意思を観念することができない点で決定的に異なる。「法定代理」行動様式では、効果帰属意思も効果内容形成意思も、いずれも法定代理人によって意思決定され、本人は全く関与していないという特質がみられる。このことから、法的に、本人によって「効果意思」を形成することができないものとされていることから、法定代理人が本人に代わって「効果意思」を形成し、この法定代理人によって形成された「効果意思」は本人が形成した「効果意思」とみることによって、本人に効果が帰属する関係にあるとみるのが妥当ではないかと思われる。それは、まさに、法定代理人は本人の「効果意思」決定機関の立場にあるものとみて規律するのが妥当と思われる。民法は、法定代理人の典型とされる親権者（民法八二四条）や、成年被後見人（民法八五九条一項）については、本人の「財産の管理かつ財産に関する法律行為を」「代理」ではなく「代表」と規定する。ただ、その他の法定代理人とされる保佐人（八七六条の四第一項）や補助人（八七六条の九第一項）



については「特定法律行為について代理する」とし、遺言執行者は相続人の代理人（一〇一五条）と規定していることから、この法令上の代表概念には不明瞭な点があるとされているが、それを素直に文言通りに理解すると、「法人の代表」と共通する。そして、支配的見解とされる法人実在説によれば、代表は法人の機関であり、代表機関の行為は法人の行為であり、代表機関が行為する場合は、法人は自己の行為によつて權利義務を取得するとされている。<sup>(14)</sup>これは、法人は実在するものの観念的な存在であり法人自体としては「効果意思」を形成することができないことから、代表を、法人に代わつて「効果意思」を形成する機関として位置づけているものと解されよう。これと同様に、親権者や成年後見人が本人の法律行為を代表するというのは、みずから「効果意思」を形成することのできない本人に代わつて、本人の「効果意思」を形成するための「機関」である旨を規定したと解するのが素直であろう。比喩的に言えば、使者は本人の「効果意思」を表示し伝達する手足であり「手足機関」であるのに対して、法定代理人は本人の「効果意思」を決定する頭脳であり「頭脳機関」として位置づけて規律するのが妥当ではないかと思われる。

また、「法定代理」行動様式から生ずるリスクへの対応規律についてみると、現象的には「任意代理」行動様式と類似のリスクが想定される。ただ、「法定代理」行動様式では、本人による「代理」行動様式の濫用によるリスクは観念できないし、「代理権限不存在」代理行為リスクは観念できるものの、そのリスクに対応するための、いわゆる表見代理規律は、本人にリスク負担をさせるものであることから、本人の意思を観念できない「法定代理」行為様式の私法上の秩序づけに当つて援用することは妥当でないことになろう。この意味では、民法（債権法）改正検討委員会案で、表見代理規定は法定代理には適用しないとする提案は妥当といえる。この他、代理人と相手方による「法定代理」行動様式の濫用によるリスクも観念できるが、このようなリスク分配に当つても、本人の態様を考慮して対応することは許されるものではないであろう。残るのは、狭義の「無権代理」規律であるが、本人の「頭脳機関」として法定され

ていない者が、本人の利益のためであれ、法定代理人として行為をしたことにより相手方に生ずるリスクは、法定代理人として行為をした者に転換できものとするは当然であり、特別の規定を設けるまでもないことではないだろうか。

## 注

- (1) 拙稿・前掲書三〇頁以下参照。
- (2) 拙稿・前掲書一七三頁参照。
- (3) 拙稿・前掲書一八五～一八六頁参照。
- (4) 拙稿・前掲書一九〇頁参照。
- (5) 拙稿・前掲書二〇四頁参照。
- (6) 拙稿・前掲書二七〇頁参照。
- (7) 民法（債権法）改正検討委員会編・詳解債権法改正の基本方針Ⅰ一八〇頁（二〇〇九年・商事法務）。
- (8) 拙稿・前掲書二一〇頁参照。
- (9) 浜上則雄「代理理論における本人行為説と代理人行為説について（二）」阪大法学二七号七八頁。
- (10) 高橋三知雄・代理理論の研究一〇四～一〇五頁（一九八二年・有斐閣）。同旨、広渡清吾「財産管理権論へのアプローチ——財産管理権概念の史的基礎と論理構造——」法学論叢八八卷四・五・六号二六九頁。
- (11) 辻正美・民法総則二七一頁（一九九九年・成文堂）。
- (12) 拙稿・前掲書三一四頁以下参照。
- (13) 民法（債権法）改正検討委員会編・前掲書一〇九条表見代理については二六三頁、一一〇条表見代理については二七二頁、一二条表見代理については二七八頁など参照。
- (14) 遠田新一・民法辞典・下巻一三〇二頁（一九六〇年・有斐閣）。

## 2 処分授權と処分代理

授權 (Ermächtigung) のうち処分行為の授權 (処分授權) については、一般に承認されている。また民法 (債權法) 改正検討委員会案でも、処分授權につき新設し、かつ、この処分授權に代理規定を準用する旨の規定を設けることが提案されている。そこで、このような処分授權と、処分行為についての代理 (処分代理) は、どの点で共通し、どの点が異なるものなのかにつき若干の検討を加えて補論として置きたい。

### (1) 処分行為の態様と処分代理・処分授權の効果内容の差異

奥田教授から、「代理法理の探究」著で処分授權と処分代理の効果内容の差異が指摘されているが、処分代理は實際にありうるものなのかとの問を受けた。そこで、このことにつき考慮しながら、両者の効果内容の差異を再考する。処分行為についての代理は、抽象的には觀念できよう。両者の効果内容の差異の指摘は、かかる觀念上の思考を前提としたものであった。しかし、法律行為的処分行為とされているのは、財産權の設定・移転・変更・消滅の法律効果を生じさせる法律行為であり、具体的には所有權の移転、地上權の設定、債權讓渡、債務免除などであり、免責的債務引受は処分行為であり同時に債務負担行為でもあるとされているが、<sup>(2)</sup>實際上、これらの行為のみを「代理」行動様式によって行われることがあるかである。

まず、所有權移転処分行為についてみると、たとえば不動産甲の売買では、甲の所有權を移転するのは処分行為であり、売買契約を締結することは債務負担行為であることからすると、本人が自ら売買契約を締結し、代理人がその売買に伴う甲の所有權の移転についてのみ代理して行うという関係は、觀念できないわけではないが、実際上は、あ

りえない。すなわち、通常、本人（A）が代理人（B）に甲の処分につき「代理許諾意思表示」代理権限を授与」する場合は、Aに売買契約上の当事者としての債権債務が直接発祥帰属し、所有権移転処分行為についても当事者効果の帰属者となり、その結果、Aから相手方（C）に直接所有権移転の効果が生ずる関係にあるものとして、「代理」行動様式が用いられていることは實際上、ありえないわけで、奥田教授の問いは正鵠を射たものであり、私見は思量不足であったと反省するものである。これに対して、授権者（A）が甲の所有権移転処分権限のみを被授権者（B）に授与したにすぎない場合は、Aは売買契約上の当事者となることはなく、Bに売買契約上の当事者として債権債務が発祥し、かつ所有権移転処分行為の当事者となるが、甲の所有権移転の効果はAからCに直接生ずることになる。この結果、両者は、所有権移転についてはAからCに直接移転する点では共通するが、所有権移転処分行為の当事者については代理ではAであり、処分授権ではBである。また、その原因行為である売買契約上の当事者としての債権債務については、代理ではAに、処分授権ではBに発祥帰属する点で異なることになる。このような効果内容についての異同からすると、Bの意思欠缺や意思表示の瑕疵による所有権移転処分行為の無効・取消の場合、とくに取消権についてみると代理ではAが、処分授権ではBが行行使できるといふ顕著な差異が生ずる<sup>(3)</sup>。このため、処分授権でAは、Bの意思表示の瑕疵を理由に所有権移転処分行為を取り消して所有権移転の効果を否定することは、当然には、できないことになる。このことから、民法（債権法）改正検討委員会案での、権利者（A）は、行為者（B）が第三者（C）に主張できた事由を、Cに対抗できる旨の規定の新設を提言<sup>(4)</sup>している。この提言は、この限りでは、立法政策としては妥当といえる。しかし、この規定を設けることについての説明として、「①Aが、Bに対して、自己の所有する動産甲をAの計算において、<sup>(5)</sup>Bの名で処分することを委託し、②これに従って、BがBの名で甲をCに売却する旨の契約をした場合でも、

BC間の売買契約において履行期が約定されていたときは、Aは、その履行期が到来するまで、権利の移転を拒絶することができるはずである」ことを明文化するものとしている。その根拠として、処分授權の場合にAからCに直接権利が移転するのは、①AからBへの処分授權の合意と、②BがCと処分授權に基づいて当該権利を処分する行為によつて基礎づけられているのだから、Aは②に相当する行為に基づいて主張できる事由を主張できるはずであるからとする。しかし、処分授權の場合、AからCに直接所有権が移転するという処分効の生ずるのは、AのBに対する処分授權の授与と、それに基づくBC間での処分行為によつて基礎づけられていることはたしかであるが、そのことからAが「BC間の売買契約上の履行期の特約」をCに主張できると基礎づけることができるものなのか疑問である。わが国では、この場合、BC間では甲の売買契約と、甲の所有権移転処分行為を観念するのが一般である。処分授權は、後者に係わつての権限授与であり、そのことの効果としてA・C間に甲の所有権移転の効果が直接生じさせるものである。前者の甲の売買契約から生ずる債権債務はBC間に発祥帰属し、Aには法的には無関係ということになる。そうだとすると、Aに、このような法的に無関係な債権債務についての履行期の特約を主張できるとするのは、当然に基礎づけられるものではないのではないだろうか。もつとも、前者と後者は原因と結果の関係にあり概念区別をしないものとして、あるいは有因とみて、前者に係わる特約も後者に影響するものであり、その結果、AはBC間の売買契約上の履行期の特約を主張できるものとして立法することは、可能であろう。しかし、それが、わが国における法体系と整合するものといえるかである。

また、このことと関連して、法制審議会の議論では、Aが履行期の定めや、同時履行の抗弁を主張できるという話のようであるが、CがAに何らかを請求できるということがあって初めて主張できるのであって、授權の場合に、そのような関係があるのかとの質問につき、CからAに対して債権上の請求ができないと考えられるので物権的請求権をA<sup>(6)</sup>

に対して行使する場合に、BとCとの間の契約上の抗弁を主張できるということではないかと説明されている。<sup>(7)</sup>そこで、ここでの議論における、AのB・C間の契約上の履行期の定め<sup>(8)</sup>の抗弁についてみると、それは、Bが処分授權に基づいてCと甲の所有権移転処分行為を行ったことにより、CがAから直接所有権が移転したとして物権的請求権を行使して引渡を求めてきたのに対して履行期が未到来であることを理由として引渡を拒否できるとする趣旨なのか、履行期までは所有権は移転していないとして物権的請求自体を否認できるとするものなのか不明であるが、その契約上の約定の抗弁が民法（債権法）改正検討委員会案のようにB・C間の売買契約上の履行期の約定であるとする、前者ということになる。そうだとすると、Cに所有権が移転し物権的請求権を行使できるとしながら、Aとは法的に無関係なB・C間の売買契約上の履行期の約定をもって、物権的請求権に基づく引渡は拒否できるとするものであり、ここでも原因行為の抗弁をもって結果行為上、抗弁とできるということになり、原因行為上の問題と結果行為上の問題との錯綜が生ずることになる。そしてまた、このような意味での抗弁が認められるとすれば、B・C間の売買契約上の約定による抗弁に限られることなく、Aは、BのCに対する同時履行の抗弁権も同様に主張して、Cの物権的請求権に基づく引渡を拒否できるということになる。そうだとすると、Aには売買契約上の当事者効果を認めるのと同じことになる。このことは、処分授權では、A・C間には、物権移転の効果だけが発生するのであって、契約上の効果はB・C間にとどまるということになりますと説明されていることは齟齬することになる。<sup>(8)</sup>そこで、B・C間の履行期の約定は、売買契約上の約定ではなく、Bの処分授權に基づくB・C間の甲の所有権移転処分行為についての所有権移転時期の約定を意味するものとみれば、履行期までは所有権は移転することはないことから物権的請求自体を否認できることになる。そして、かかる理解は、素直であり、肯認されよう。同様のことは、代金の完済を条件とする約定、すなわち所有権留保特約をした場合にもみられる。たとえば、デイラー（A）とサブ・デイラー（B）間で所有

権留保特約がなされ、Bとユーザー(C)間でも所有権留保特約がなされている場合に、AがBに転売授權(処分授權)をしているとみると、CがBに代金を完済しない限りはAからCに所有権は移転することはない。そこで、この場合、AはCに対して所有権にもとづいて物権的請求権を行使できることになる。これに対して、Cが代金を完済した場合はAが転売授權(処分授權)をしていることからCはAから所有権を取得するとみてよいことにもなる。それでもし、このようなB・C間の所有権移転処分行為についてなされた契約上の約定を意味するものであるとすると、それがAの処分授權に基づく限りにおいては、約定された期日の到来や条件の成就によって初めてAからCに所有権が移転し、それ以前には、所有権は移転することはないということになるわけであるから、民法(債権法)改正検討委員会案の提案のような「對抗肯認規定」を設ける必要はないといえよう。また、売買契約上の同時履行の抗弁権についてみると、B・C間で所有権留保特約をしていない場合は、Aは、Cが代金を完済していないことを理由として、BがCに対して抗弁できる売買契約上の同時履行の抗弁権(民法五三三条)をもって抗弁することは許されるものではないことになろう。

なお、法制審議会での論議では、Bに移転した目的物に瑕疵があった場合について、処分授權の場合、売買契約自体がBとの間で成立すると考えれば、Cは瑕疵担保請求をBにできるのは当然として、Aに対しても請求できるのかというのが私の疑問であるとの問いに対しては、<sup>(9)</sup> 売買契約上の請求ができるのは、CからBに対してだけであると思われる<sup>(10)</sup>との見解がみられる。すなわち、処分授權の場合は、Aは、B・C間の売買契約上の瑕疵担保責任(民法五七〇条)の關係に立つものではないとするものである。このことは、正鵠を射たものである。そうだとすると、Aは、B・C間の売買契約上の履行期の約定あるいは同時履行の抗弁権を主張できるとすることは統一性を欠くことになる。そこで、甲に瑕疵のある場合の瑕疵担保責任については、Aが甲の処分につきBに「代理許諾意思表示」代理権

限を授与」している場合は、A Cが売買契約の当事者となることから、瑕疵を理由とする解除はAに対して行われることになり、損害賠償請求もAに対してなされるのに対して、処分授權では、B Cが売買契約の当事者となることから、解除はBに対して行われ、損害賠償請求もBに対してなされるのであって、Aとの関係では瑕疵担保責任の關係の生ずる余地はないという効果内容上の差異のあることに留意すべきである。<sup>(11)</sup>

つぎに、地上權の設定あるいは抵當權の設定などのような權利設定処分行為については、實際に、「代理」行動様式が用いられているとみてよいであろう。それは、債權讓渡及び債權讓渡担保設定処分行為についても同様とみてよいであろう。先の裁判事案においても、抵當權設定に係わる代理事案が<sup>(12)</sup>まみられることから伺い知ることができよう。そして、このような權利設定処分行為の場合は、實際上是、例えば、抵當權設定行為が行われる原因となる金銭消費貸借契約は存在するものの、これとは切り離されて独自の独立した行為として行われることもままありうるわけで、そこでは「代理」行動様式も用いられ、この限りにおいては処分代理も實際に、存在することになる。そこで、このような權利設定処分行為や債權讓渡及び債權讓渡担保設定処分行為において、処分代理と処分授權との効果内容上の差異はあるのかどうか問題となる。前者ではAが処分行為の当事者となるのに対して後者ではBが処分行為の当事者となる点では異なるが、權利設定、債權讓渡、あるいは讓渡担保設定の効果はA C間で直接生ずる点では同様である。この結果、具体的には、Bの処分行為に際して、詐欺・強迫など意思表示に瑕疵がある場合の取消權者につき、前者ではAが、後者ではBであつてAは取り消すことができないという差異が生ずることになる。そこで、前述の民法（債權法）改正検討委員会案のように、Aに、BがCに対して主張できた事由をもつて對抗できるとすれば、實質的には、何ら異なるところはないことになる。



## (2) 処分授權への「代理」規律の準用<sup>(13)</sup>

私見では、「代理」規律は  $A \cdot B \cdot C$  三者協働の構図にあり  $AC$  当事者効果発祥帰属は「自己効」とみるのに対して、処分授權は  $A \parallel B \cdot C$  の構図にあり  $A$  への処分効果の帰属は「他人効」とみることから、両者は現象的には類似するものの、質的に異なることになる。このことから、原則として、「代理」規律を処分授權に類推するは許容されるものではない。これに対して、一般的見解は、「代理」規律も  $A \parallel B \cdot C$  の構図にあるものとみて、 $A$  への当事者効果の帰属は「他人効」とみていることから、質的にも類似する。また、民法（債権法）改正検討委員会案のように「代理」規律は法律行為を實際に行う者<sup>(14)</sup>「法律行為の「行為者」」とその法律行為に基づく権利義務が帰属する者<sup>(14)</sup>「法律行為の「当事者」」とが異なる場合の法律行為の当事者を確定する規範であるとみるときは、代理は本人の名を示しての行為であるのに対して処分授權は自己の名での行為である点では異なるものの、規範としては共通性を有することになる<sup>(15)</sup>。このことから、「代理」規律を処分授權に類推することについては、基本的には問題はないことになる。「代理」規律の処分授權への類推については、理論的には、このような基本的な対立があるが、本稿では、現象的類似性に注目して、現行代理規定のうちの主要な規定の類推は、どこまで可能かについてみることにする。

まず、私見での「第一規律課題」次元での規律規定についてみると以下のようである。行為者  $B$  が本人  $A$  の名を示す（顕名）を要件としない処分授權には民法九十九条、一〇〇条本文の類推の余地のないことは明らかである。民法一〇〇条ただし書きについては類推適用されないとする見解がみられるが、相手方が授權であることを知っている公然の処分授權の場合、これが類推適用されると処分代理となる可能性がある。そこで、ドイツでは公然の処分授權を代理とみる見解がみられる<sup>(17)</sup>。そこでもし、一般的に類推を認めるとの立場に立つならば、この公然の処分授權は授權か代理かを整理して置くことが要請されよう。ただ、私見では、顕名は代理構成要件として不可欠とみていることから、 $B$

による顕名がない限り代理とはならないことになる。また、それが公然の権利移転処分授權である場合、一〇〇条ただし書きが類推されると理論的には権利移転処分代理と解されることになるとしても、前述したように、このような権利移転処分代理は実際には存在しないことからすると、類推されることによって「売買の代理」になるとみるのは類推の踰越ともいえるものであり妥当性に欠けることになる。また、処分授權ではBが処分行為の行為者であり当事者でもあることから、行為者と当事者が分離することを前提とした民法一〇一条一項は類推できないし、Bに処分行為の当事者となることから行為能力を有しなければならぬから民法一〇二条も類推されないと解すべきである。<sup>(18)</sup>さらに、その権限の範囲にかかる民法一〇三条については、処分授權の範囲が曖昧である場合には、類推を認めて財産の現状維持と認められるような処分に限定されるとする見解が<sup>(19)</sup>みられるが、処分の目的物や処分の内容の曖昧な処分行為についての授權を、権限の授与があるとみてよいか問題である。このことから、民法一〇三条の類推を認めことは妥当とはいえないと解される。このようにみてみると、AC間の効果発祥帰属に係わる「第一規律課題」次元の規律規定についての類推適用の余地はないということになる。

次に「第二規律課題」次元での規律規定についてみると以下のようである。まず、私見では、民法一〇一条二項は、本人Aによる「代理」行動様式の濫用によって生ずるリスク処理規定と解するものであるが、処分授權での類推が考えられるかである。Aが法律行為の効果に影響を及ぼすべき事実を「知または過失不知」でBに処分授權し、Bを隠れ蓑とすることは抽象的には観念できないわけではない。しかし、このような場合、實際上、Cにどのようなリスクが生ずるかである。民法一〇一条二項を類推してAC間に処分効が生じないことになる必要があるが実際にあるだろうか。

民法一〇八条に関しては、たとえば、物品販売の委託を受けた問屋(B)が第三者(C)と取引する場合において、Cより同一取引の委託を受ける場合(双方授權)、あるいはBがCの代理人となって取引する場合が考えられ、Aの利

益を保護するために類推適用されるべきであるものと思われる。また、これらの場合に加えて、Bが自ら相手方となる（自己処分行為）ことも考えられる。そして、このような場合には、客観的な「利益相反行為」性が観念され、このことによってAに生ずるリスクに対応するための民法一〇八条の類推も考えられよう。しかし、双方処分授権とされるのは、不動産ないし動産甲についてA及びCがBに処分授権をしている場合であるとすると、双方授権とされている場合は、これに該当するものではない。そして、このような双方処分授権は観念できないのではないだろうか。自己処分行為についてみると、かりにAから処分授権された甲の処分に当って、Bが自ら相手方となり廉価で処分したとしても、Aに不利益が生ずることはなく、Aのリスクの回避のための民法一〇八条を類推適用できる場面ではない。同様のことは、代理規定の類推ではないが、代理権の濫用法理の類推適用についてもいえる。私見では、代理権の濫用法理はBとCによる有権代理行為の濫用によってAに生ずるリスクへの対応法理とみているわけであるが、処分授権の濫用によるAのリスクが観念できるかである。Aから甲につき処分授権を授与されたBが専ら自己ないし第三者の利益のために、そのことを知っているCと処分行為を行ったとして、Aにリスクが生ずることになるかである。たとえば、A所有の甲商品の販売委託でCがBと取引をする際に、その売買代金は専らBの債務の弁済に当てられるものであることを知っていて、あるいはCのBに対する債権の弁済に充当したことによって結果としてAには代金が支払われなかったとしても、これを処分授権の濫用によるAのリスクといえるかである。BC間の取引に伴う売買代金はBが売買契約の当事者として受領するものであり、その受領した金員をBがどのように使用するかは自由である。Aが販売委託契約に係わる代金の支払を受けることができないうリスクは、AB間の販売委託契約上の不履行として処理をすべきであって、代理権の濫用法理を準用してAからCに所有権移転の効果は生じていないことになるとして処理してよいのである。これでは、Bの販売委託契約上の債務不履行によるリスクをCに負担さ

せるものであり、妥当性に欠けることは明らかであろう。

さらに、BがA所有の甲につきAから処分授權が授与されていないのに処分した場合、Aの「代理許諾意思表示」「代理權限の授与」「不存在行為リスクの処理に対応するための民法一一三条から一一七条の規定が類推適用されるとみてよいか問題となる。判例は、非權利者の処分につき、本人（A）が追認した場合、民法一一六条を類推適用して、AC間に適及的に直接処分効が生ずるとする<sup>(21)</sup>。通説もまたこれを支持している<sup>(22)</sup>。そして、これをもって、ドイツ民法一八五条のような授權に関する規定のないわが国においても、処分授權が認められる根拠であるとされている。ただ、民法（債權法）改正検討委員会案では、いわゆる無權処分授權行為の追認につき明文化することが提案されており<sup>(23)</sup>、立法化されれば、類推適用の必要はないことになる。その他の規定のうち相手方の意思作用による対応規定である民法一一四条の催告權及び民法一一五条の取消權に関する規定については、本人による適及的追認を認めるのであれば、相手方の主導による早期の効果帰属の確定の意味から類推適用されるべきであろう<sup>(24)</sup>。しかし、本人の追認の得られない場合の被授權者（B）の責任については、權利移転処分行為の場合は、民法一一七条を類推適用して無權代理人の責任の問題と同様の処理をするよりか、Bは処分行為および売買契約の当事者であることから他人物売買の規定（民法五六〇条～五六四条）によって処理したほうが妥当ではないかと思われる。權利設定処分行為であるときは、民法一一七条の類推適用も不適切とはいえないが、やはり処分行為の当事者としての担保責任として、他人物売買の規定を類推適用する方が適切であろう。

Bの無權処分授權行為をCが処分授權が授与されているものと信賴した場合に関しては、Aの「代理許諾意思表示」「代理權限の授与」「不存在行為にAが「何らかの関与」をし、Cが「信認」している場合のリスク配分規律である「表見代理」規定の類推適用が問題になる。これについては、公然の、明らかな処分授權の場合には、非權利者は相手方に

対して権限外の行為により権利者に法律効果が帰属する旨の信頼を与えたことになり、実質的に表見代理の場合と同じであるから、民法一一〇条のほか、一〇九条、一二二条の類推適用が認められるべきであるとする見解がみられる。<sup>(25)</sup>

ところで、ドイツでは公然の授權を代理と解する見解もあり、わが国でも民法一〇〇条ただし書きとの関係で民法九九条の規定が準用され、類推適用を議論する必要はないとも考えられる。また、隠れた処分授權の場合については、非権利者は、相手方に対して非権利者に法律効果が帰属する旨の信頼を与えており、権利者に法律効果が帰属する旨の信頼を与えていないことから、民法の表見代理の類推は否定されるべきであり、民法九四二条二項類推適用により処理するのが妥当とする見解がみられる。<sup>(26)</sup> たしかに、隠れた処分授權の場合には、Aが「何らかの関与」を行い、それをCが「信認」するという関係は、理論的には、観念できないことから、表見代理の類推適用の余地はない。ただ、実際問題として、AはBに動産甲につき権利移転処分授權を授与したにすぎないのに、BはAの動産乙についてもCに処分した場合、あるいはAはBに動産甲につき権利設定処分授權をしたにすぎないのにBが権利移転処分行為を行うという処分授權の踰越の場合は考え得る。そして、このような場合に、CがBに処分権限があるものと信頼した場合に民法一一〇条の類推適用により対応することも考えられるが、それよりも民法九二条の即時取得の適用による方が適切ということになる。そして、それが不動産である場合については、B名義の虚偽の登記が行われている場合が想定されるが、この場合は民法一一〇条の類推適用よりも、民法九四二条二項類推適用が妥当ということになる。さらに、判例には、AがBに不動産の賃貸等の代理権を授与している場合に、BがAに無断で自己名義に所有権移転登記をしたうえでCに売却した事案で、最高裁判成一八年判決は、Bが所有者であるとの外観を信じ、また、そうに信ずることにつき過失がなかったときは、民法九四二条二項、一一〇条の類推適用により、AはBが所有権を取得していないことをCに主張できないとする。<sup>(27)</sup> また、同一事案で控訴審は一一〇条の類推適用を認め、<sup>(28)</sup> 原審は民法一一〇条

を適用する、<sup>(29)</sup>として、さまざまな処理がみられる。しかし、この事案は、処分授權の踰越というよりか、質貸借等代理權に注目してBの名で売却されている場合でも代理權の踰越として捉えることができるかどうかという代理側の問題ということになり、Bが自己の名で売却しCが処分權限ありと信賴している關係とすると表見授權ということになり民法一一〇条の類推適用による処理も考えられるが、Bが作出した虚偽のB名義の登記をCが信賴した場合であるとし民法九四条二項類推適用による方が適切ではないかと思われる。もつとも、この事案では、民法九四条二項を類推適用するに当たつてのAの帰責性の程度が問題となることから、最高裁は、この点についてのみ一一〇条を合わせて類推適用したものであり、越權授權への民法一一〇条類推適用の可能性を示唆したものではないとみるべきであらう。

以上のことからすると、処分授權への「代理」規律の類推適用については、原則的には不要である。そこで、最も重要なのは、無權授權行為の追認につき民法一一六条を類推適用する場合であるが、判例学説によりすでに承認されているところである。そして、立法論としては民法（債權法）改正検討委員会案のように明文化することを前提とすれば、民法一一四条と一一五条の類推適用程度であることから、それらも併せて明文化するだけで十分ではないかと思われる。

## 注

- (1) 拙稿・前掲書四二頁以下。
- (2) 片山金章・民事法辞典上巻二〇一八頁（一九六〇年・有斐閣）。
- (3) なお、拙稿・前掲書では、意思欠缺や意思表示の瑕疵に関連して「前者（代理）ではAについて、後者（処分授權）ではAではなくBについてみることになる」（四二頁）とする叙述は不明確であり、本文のような趣旨である旨、訂正して置きたい。
- (4) 民法（債權法）改正検討委員会編・前掲書三三三頁。
- (5) 処分授權においては、「Aの計算において」を要素とする必要があるのか疑問である。むしろ、販売委託におけるように販売委託されたBはBの計算においてAの商品甲をCに販売しているものとみるのが妥当ではないかと思われる。

- (6) 法制審議会・民法（債権関係）部会第一三回会議事録一八頁（道垣内幹事）。
- (7) 法制審議会・前掲一八頁（山本（敬）幹事）。
- (8) 法制審議会・前掲一七頁（鎌田部会長）。
- (9) 法制審議会・前掲一七頁（深山幹事）。
- (10) 法制審議会・前掲一七頁（山本（敬）幹事）。
- (11) このことから、拙稿・前掲書において、瑕疵を理由とする処分契約の「解除権」については代理ではAに、処分授權ではBという差異が生ずること（四二頁、四三頁）、瑕疵を理由とする損害賠償「請求権」は代理ではAに、処分授權ではBに帰属するものと考えられるが（四二頁）、損害賠償請求権は「A」が処分効によって直接取得した目的財産の価値の減価の結果生ずるものであり、解除のように契約自体を消滅させるものではないから「A」に帰属すると解することも可能である（四三頁）と論述し、両者の効果内容上の差異とみたことにつき、ここで、訂正し、補論とする。まず、その文言において不明な「解除権」は「解除権の行使」とし、損害賠償「請求権」は損害賠償「義務」と改め、「A」を「C」と改めるとともに、瑕疵担保責任についての両者の効果内容上の差異については、本文の通りとするものである。
- (12) 前掲最判平成一〇・七・一七、東京地判平成一二・八・三一など。
- (13) 処分授權に代理規定がどこまで類推できるかについての検討として、清水千尋「授權（Ermächtigung）に関する基礎的考察——とくに処分授權を中心として——」（四）（六・完）立正法学論集一七卷四号六四頁以下、二一巻一二号六五頁以下、二三巻一〇四号六九頁以下参照。
- (14) 民法（債権法）改正検討委員会編・前掲書一七七頁。
- (15) 民法（債権法）改正検討委員会編・前掲書一八二頁。
- (16) 清水・前掲（五）六五頁。
- (17) 拙稿「授權（Ermächtigung）概念の有用性」法律論叢三九卷四・五・六号四二五頁。
- (18) 同旨、清水・前掲（五）六九頁、七〇頁。
- (19) 清水・前掲（四）六四頁。
- (20) 清水・前掲（四）六九頁。
- (21) 大判昭和一〇・九・一〇民集一四卷九号一七一七頁、最判昭和三七・八・一〇民集一六卷八号一七〇〇頁。

- (22) 学説の詳細は、拙稿「非権利者の処分行為と追認」授權・追認・表見代理（私法研究第一卷）一三五頁以下参照（一九八九年・成文堂）。
- (23) 民法（債権法）改正検討委員会案・前掲書三三二頁。
- (24) 同旨、清水・前掲（六・完）八〇頁。
- (25) 清水・前掲（六・完）八九頁。
- (26) 清水・前掲（六・完）八九頁。
- (27) 最判平成一八・二・二三民集六〇卷二号五四六頁。
- (28) 福岡高判平成一五・三・二八判例時報一八四二号七二頁。
- (29) 大分地判平成一四・四・一九。

### 三 代理の法的構成——奥田代理論・再考

「代理法理の探究」著の「第三部 わが国における代理の法的構成論の再検討」で奥田代理論につき検討した。ここでは、代理人行為説と同様の立場に立ちながら、相手方の意思を取り込んで法的構成するところが注目されると指摘し、そしてこのことが私見の「三当事者法律行為」形象構成の契機ともなったと評した。しかし「代理法理の探究」著の脱稿後に、奥田教授が語られている「法律行為と代理」を拝読すると、奥田代理論についての読み込みが不十分であったように感じている。<sup>(2)</sup>そこで、奥田代理論を再考し、補論として置きたい。

奥田代理論では、法律行為・契約の概念について、Flume, Thiele の「行為」の面と、その結果（成果）としての「規律」の面とを分けて考えるのが有益との立場を立て、代理では前者は代理人と相手方の関係において、後者は本人と相手方の関係において構成する。そして、奥田教授は、代理は、①代理人の代理行為、すなわち契約締結行為、②



それにより成立した本人・相手方間の「契約」、③そこから生じる権利義務その他の法律関係、の三本立ての構造にある。ことに、代理人は相手方と「①」「②」(?)<sup>(4)</sup>、すなわち *Act* (行為) としての法律行為を行い本人・相手方間に契約(規範) が生まれ、その法律行為(契約) の主体は代理人であり、本人には「③」「②」(?)<sup>(5)</sup>、すなわち契約(規範) という *Regelung* (規律) としての法律行為が創設されるとされている。また、顕名に関しては、「代理人が本人に効果を帰属させるという意思(代理意思) を持つて行動し、かつそのことが相手方に認識され得て初めて、期待通りに本人・相手方間に法律行為が発生する」ものであるから、「代理権も見えない。代理意思も見えない。顕名しか見えるものがないわけです。その顕名すらいらなときたら闇の世界」になると指摘されている。<sup>(6)</sup>そして、私見として、奥田代理論では、他人効の根拠とされる代理権と代理意思はどのように位置づけられるのかは明らかでないのではないかとした点については、「他人効という方向を示すのが顕名で、他人効を実質的に支えているのが代理権ないし管理権である」<sup>(7)</sup>として位置づけられている。さらには、契約の解除については「解除の対象となる契約は、どこまでも、かつて代理人が相手方との間で成立させた契約ですが、それはあくとして契約(締結行為) の方ではなく、本人・代理人という両当事者を拘束しているレーゲルングとしての契約であると見るのが自然で」あり、「詐欺・強迫の場合には、締結行為自体に瑕疵があるわけですから、あくとして法律行為(契約) を取り消す—正確には意思表示を取り消す—ということになり、<sup>(8)</sup>法律行為(契約) の取消や契約の解除の対象となるのは、代理人がああ時に結んだ契約を取り消すとか、ああ時に結んだ契約を解除する、ということ」で、「本人は契約を締結していないから、本人と相手方の間の契約を解除すると言ったらいけない。」とされている。<sup>(9)</sup>そこで、このことから、奥田教授は、能見教授が、本人と相手方に「契約成立(効果帰属)」と明記していることについて、それは紛らわしい説明であり、代理人・相手方間に締結した「売買契約」と本人・相手方間で成立した「売買契約」とは同じものなのか、「代理人・相手方間に売

買契約成立」・「本人・相手方間に売主・買主の権利義務その他の法律関係の発生（帰属）」という説明ではないのかと問いかけられている。<sup>(11)</sup>

このような奥田代理論は、「代理」行動様式を本人（A）と代理人（B）を一方の当事者とし、相手方（C）を他方の当事者とみて、二当事者関係にあるものと捉えた上で、AないしBとCとの関係につきBCはAkt（行為）としての法律行為の当事者関係に、ACはRegelung（規律）としての法律行為の当事者関係に立つ関係にあると構成するものと思われる。この構成は、代理の法的構成論においてThü'sの三面契約説を除けば、従来の法的構成論と基本的に共通するものである。ただ、本人行為説ではAがCと法律行為を行うに当ってBはAの意思の「Träger（運ぶ人）」であるとし、共同行為説ではABが共同してCと法律行為を行うものとし、統一要件論ではAの法律行為である代理権授与行為とBの法律行為ではない代理行為が化学的に結合してCと法律行為を行うとし、本人意思重視構成ではAの意思表示についてBが表示をしてCと法律行為を行うとか、Aが着手した法律行為の構成要件をBが発展させ完成させてCと法律行為を行う関係にあると構成するのに対して、BがCとAkt（行為）としての法律行為を行っているとすると点で、異なる。これに対して、従来の支配的見解であった代理人行為説では、BがCと法律行為を行い、Aにはそれによって生ずる当事者効果が帰属する関係、すなわちBが行為者・Aが効果帰属者と構成するところを、BがAkt（行為）としての法律行為・AがRegelung（規律）としての法律行為と構成する点に違いがあるが、Bが行為をする者であるとして構成する点では基本的に共通するものと評しえよう。Flumeも法律行為論においてAkt（行為）としての法律行為とRegelung（規律）としての法律行為を觀念し、これを「代理」行動様式に当てはめて、BがCと前者の法律行為はBとC、後者の法律行為はAとCについてみるのと共通するものであると評し得よう。<sup>(13)</sup>

しかし、「代理」行動様式を、このように法的構成する場合、私的自治の原則との整合が図られているといえるか問

題である。Müller-Freienfelsが、代理人行為説は本人の私的自治と齟齬するものであると批判したのと、同様の批判を受けることにならないだろうか。ただ、奥田代理論で強調されているように、「代理」行動様式では、BがAに代わってCと契約の「締結行為」—Akt（行為）—を行っていることは確かである。そして、A・C間にRegelung（規律）が生じ権利義務が生ずることも確かである。ここに「代理」行動様式の特質があるわけである。問題は、B・C間のAkt（行為）の結果としてB・C間に法律行為が成立するとみてよいかである。B・C間に法律行為が成立するとみるとB・C間にRegelung（規律）が生じ権利義務が生ずるといわざるを得ないのではないかと思われるからである。そこで、B・C間ではAkt（行為）が行われるが、そこではBはAに代わって効果内容意思を形成し（意思の代理）、かつ奥田代理論でも不可欠とされている顕名による、Bの形成した効果内容意思に対応して生ずる効果は自己（B）に生ずるものではなくAに生ずるものであることと、AがBの形成した効果内容意思に対して生ずる効果の帰属者とする効果帰属意思のあることをBはAに代わってCに表示し（表示の代理）、CはBと合意して効果内容を形成するとともに、それに対応して生ずる効果を自己に生じさせるとともに、Bには生じさせないでAに生じさせる効果帰属意思を表示している状態にあることから、このようなB・Cの意思状態では、未だ法律行為（契約）は成立するものではなく、これにAの「意思の代理」及び「表示の代理」を許諾する効果意思—奥田代理論で「他人効を実質的に支えているのが代理権」といわれているAの意思作用—が加わることによって初めて、A・C間を規律する法律行為（契約）、いわゆる「代理なる法律行為」が成立するものとみるのが妥当ではないかと提言するのが私見である。すなわち、かりに法律行為論として、Flume 同様に、Akt（行為）としての法律行為とRegelung（規律）としての法律行為を観念するのが妥当であるとするならば、前者についてはA・B・C三者を当事者として成立し、後者についてはA・Cが当事者にあるとみることもできよう。しかし、いずれにしても、基本的には、BのAkt（行為）によってAがRegelung（規律）されるのでは

なく、AもAkt（行為）に加わるることによってRegelung（規律）されることになる。このことから、AC二者間の法律行為とは変則的なところはあが「自己効」としてRegelung（規律）されることになり、Aの私的自治と整合した構成ということになるものと思われる。

## 注

- (1) 奥田昌道「奥田昌道先生に聞く2—恩師、民法学、スポーツ—」法律時報八二巻一一号六八頁以下。
- (2) このことから拙稿・前掲書二七三頁で、奥田教授が「法律要件としての契約（契約締結行為）は代理人が行い、そこから生ずる『法律効果』、即ち、権利・義務その他の法律関係は本人に帰属する」とされている「法律効果」を、その引用にあたつて「法律行為」と誤植し、奥田代理論の真髓を不明瞭なものとして引用したことにつき、お詫びするとともに訂正して置きたい。
- (3) 奥田・前掲七〇頁。
- (4) ただ、奥田・前掲七〇頁では①だけを「アクトとしての法律行為」であるとされていることから、②を本文のように位置づけてよいのか判読しかねるところがある。
- (5) 奥田・前掲七一頁。
- (6) 奥田・前掲七八頁。
- (7) 奥田・前掲七九頁。
- (8) 奥田・前掲七一頁。
- (9) 奥田・前掲七四頁。
- (10) 四宮和夫『能見善久・民法総則（第八版）二九八頁（二〇一〇年・弘文堂）。
- (11) 奥田・前掲六九頁。
- (12) 拙稿・前掲書一二五頁以下参照。
- (13) Flume代理論については、拙稿・前掲書一七七頁以下参照。

## 四 「有権代理濫用リスク」への対応法理・補論

「代理法理の探究」著では、本人の「代理許諾意思表示＝代理権」濫用は、内部関係においては代理人（B）による背信的、具体的、主観的な忠実義務違反行為ということになるが、外部関係である「代理なる法律行為」、すなわちA・B・C三者関与規範においてはBと相手方（C）による「主観的信認関係違背」とみて、そのことによって本人（A）に生ずるリスクの配分を「第二規律課題」次元において規律すること、自己契約・双方代理と利益相反行為も内部関係においては定型的、客観的な忠実義務違反ということになるが、外部関係である「代理なる法律行為」、すなわちA・B・C三者関与規範においてはBと相手方（C）による「客観的信認関係違背」とみて、そのことによって本人（A）に生ずるリスクの配分を「第二規律課題」次元において規律するのが妥当と提言した。その基底には、委任その他の内部関係（二者間規範）と「代理なる法律行為」の外部関係（三者関与規範）とは本人・代理人・相手方三者「代理システム」利用行動様式の安心安全の保障と促進のためには分離・独立・無因とみるべきである。そして、このような関係にあるときは、「代理なる法律行為」の外部関係（三者関与規範）においては内部的な忠実義務違反を理由とする規律は論理的には肯認されるものではなく、それに代わる規範原理が求められることになる。そこで、その規範原理として、本人・代理人・相手方三者「代理システム」利用行動様式の重要な要素であるABC三者相互の「信頼関係」に注目して、この代理なる法律行為に不可欠な「信認関係」違背によってAに生ずるリスクを配分するための規律とみるのが妥当とするものである。

しかし、『信頼関係』違背」という概念は、「義務違反ないし義務違背」的な要素を含むものとして理解される恐れ

を払拭することはできないし、内部関係における「忠実義務違反」概念の外部関係版ともみられないこともない。そこで、その基本的な提言を修正するものではないが、「信賴関係『違背』を『信認関係』と用語修正し、B C による「信認関係」を濫用しての「代理なる法律行為」を「信認濫用代理行為」と呼ぶことに修正補正する。このことから、本人の「代理許諾意思表示」代理権「濫用は「主観的信認濫用代理行為」と改め、自己契約・双方代理・利益相反行為を「客観的信認濫用代理行為」に改め、提言の不明瞭さを明確にし、補論とする。

## 注

- (1) 拙稿・前掲書六〇一頁以下。
- (2) 拙稿・前掲書六二〇頁以下。
- (3) 拙稿・前掲書における「主観的信認関係違背」（主として六〇四頁以下など）を「主観的信認濫用代理行為」に、「客観的信認関係違背（違反）行為」（主として六二〇頁以下など）を「客観的信認濫用代理行為」に改めるものである。

## 五 「無権代理リスク」への対応法理・補論

### 1 「代理許諾意思表示」代理権」不存在行為への態様

「代理」行動様式により法律行為（契約）が行われる場合、A の「代理許諾意思表示」代理権が存在しないにもかかわらず B C 間では「代理許諾意思表示」代理権が存在するものとして行われることは、当然に想定される。このような場合、私見によれば、A の代理許諾意思表示が欠如することから、代理なる法律行為は成立しない（民法一一

三条)。この結果、Aと当事者効果が発祥帰属するものと期待したCにリスクが生ずることになる。いわゆる「無権代理リスク」である。そこで、「代理」行動様式が安心安全なものとして保障し、促進するには、このようなリスクに対応するための規律が不可欠となる。

そこで、まず、Aの意思作用によつて、これを追完し、代理なる法律行為を成立させて、AC間に当事者効果が発祥帰属するものとすることが考えられる。また、これに関連して、CにAの追完についての催告を認め、AC間に当事者効果が発祥帰属するものとするか否かを、早期に、確定させることも、当然に、セットして、規律することが考えられる。民法一一六条及び一一四条が、それである。さらに、Aが追完を拒絶するか(民法一一三条二項)、Cが取り消す(民法一一五条)ことによつて、AC間には当事者効果が発祥帰属しないものと確定させるなど、AないしCの意思作用による対応法理が用意されている。ついで、AないしCの意思作用によつてAC間には当事者効果が発祥帰属しないものと確定した後の対応としては、「無権代理(民法一二七条)」及び「表見代理(民法一〇九条、一一〇条、一二二条)」の法理によるリスク分配対応が用意されている。

## 2 「無権代理」規律・補論

「無権代理」規律では、民法一一七条で無権代理人の責任を認め、無権代理人にリスク転換できるものとしている。そこで、何故、無権代理人にリスク転換できるかについては、従来、無権代理人の法的責任の性質の問題としてさまざま議論が展開されてきている。<sup>(1)</sup>そして、私見では、このようなA・B・C三者の「代理許諾意思表示」代理権「不存在行為現象、法的には「代理」行動様式の安心安全の保障と促進のための不可欠の要素である三者相互「信認関係」

への「信認度」に注目して、規範化するのが妥当と提言した。この場合、「Aが『信認関係』崩壊事実」にまったく関与していないことから、リスク配分は、BとCのそれぞれの「信認度」によって判断することになる。それはBないしCの意思や有責の問題ではなく、「信認関係』崩壊事実」への「信認度」による規範化としてであると提言し、そこでの典型的な「信認度」類型であるBが「信認関係』崩壊事実」を「知り」、Cが「信認関係』崩壊事実につき「無過失不知」である類型の場合についてみれば、Bは「信認」していない状態にあるのに対して、Cは「信認」していることから、Bに「不存在リスク」を配分するのが妥当と主張した。そこでの思考的基底となっているのは、Bへのリスク転換の法的根拠をBの「意思」や「責任」や「帰責」という個人法理に根ざしたものに求めるのではなく、「客観的事実それ自体」に根拠を求め「第二規律課題」次元における規律として対応するのが妥当とするものである。そして、「代理許諾意思表示」代理権」不存在行為での「客観的事実それ自体」とは、三者相互「『信認関係』崩壊事実」とみたわけであるが、それは厳密には「信認関係崩壊」というよりも「信認欠如状態で行われた代理行為」、すなわち「信認欠如代理行為」事実とみるべきであり、かかる「信認欠如代理行為」事実に対するBおよびCの「信認度」によりBへのリスク転換を判断するのが妥当とするものである。このことから、ここで「『信認関係』崩壊事実」を「信認欠如代理行為」事実にあため、補論とするものである。<sup>(2)</sup>

### 3 「表見代理」規律・補論

「無権代理」規律と「表見代理」規律の違いは、私見ではAの「代理許諾意思表示」代理権」不存在行為に、Aが「何ら関与していない場合」が前者であり、Aが「何らかの関与をしている場合」が後者であるとして、両者を峻別し、



表見代理も無権代理の一種と見るべきではないと主張した。

そして、「表見代理」規律の場合でもAの「代理許諾意思表示＝代理権」不存在行為であることから、「代理なる法律行為」は不成立であることには変わりはないが、そのことによってCに生ずるリスクを、Aが「何らかの関与」をしていることから、まず、Aに転嫁できるものとし、最終的にはAはCから転嫁したリスクをBに転換できるとするのが妥当と主張した。そこで、まず、「代理許諾意思表示＝代理権」不存在行為にAが「何らかの関与」をしている場合、Aにリスクを転嫁できるのは何故かが問題となる。このことは、従来から、表見代理の法的構成、すなわち「表見代理」規律においてAが責任を問われる法的根拠をどこに求めるかの問題として、さまざまな議論がされてきているところであるが、それらの議論では、A<sup>(3)</sup>・B・Cの構図を前提としてA対Cの關係に歪曲し、個人法理に基づいて「第一規律課題」次元での規律の問題としているのに対して、私見では、A・B・C三者協働の構図にあるものとして捉え「第二規律課題」次元の規律の問題として法的に根拠づける必要があるものと提言した。そして、AC間リスク転嫁に係わる「表見代理」規律は、「信認関係」崩壊<sup>(4)</sup>に、Aが「何らかの関与」をしている場合であり、このことからAの「信認関係」崩壊<sup>(4)</sup>への関与の状態と、Cの態様との相關関係において代理リスク分配準則を策定するのが妥当と主張した。そして、本人の「代理許諾」表示＝代理権授与表示の表見代理（民法一〇九条表見代理）では、AがBの「信認関係」崩壊事実<sup>(6)</sup>に「自己表示関与」していることについての「法定」効果と構成すべきであり、白紙委任状の交付の場合も同様であるとみた。また、本人の代理許諾意思表示「外」＝代理権限「外」行為の表見代理（民法一一〇条表見代理）については、Bの越権代理事項の表示という「信認関係」崩壊行為<sup>(5)</sup>に「表示原因関与」していることに注目して「法定」効果として構成すべきであり、Bによって惹起された「信認関係」崩壊<sup>(5)</sup>によるリスクの配分準則を画定するに当たりAにどのような場合にリスクを負担させ、Cにどのような場合にリスクを負担させる

かの見地に立つことが必要であり、<sup>(7)</sup>転得者等との関係ではA・B・C三者間の『信認関係』崩壊』によって生じるリスクを、どのように配分するかの問題であると主張した。<sup>(8)</sup>さらに、本人の「代理許諾意思表示」≡代理権消滅後の表見代理（民法一二条表見代理）では、Bによる『信認関係』崩壊行為』に「当初表示関与」していることに注目して代理リスクの配分を「法定」するものと構成すべきであり、<sup>(9)</sup>Bによって惹起された『信認関係』崩壊』へのAの関与とCの「信認度」に注目してリスク配分すべきであると主張した。<sup>(10)</sup>

しかし、ここでの『信認関係』崩壊』は、「無権代理」規律・補論においても述べたように、用語法としては不正確であり、「信認欠如代理行為」と改め、補論とする。このことから、「表見代理」規律は、Bによる「信認欠如代理行為」へのAの「何らかの関与」の態様とCの「信認欠如代理行為」への「信認度」との相関関係に基づいてAへのリスク転嫁を「法定」するものであること、そこで、民法一〇九条表見代理はBによる「信認欠如代理行為」にAが「自己表示関与」をしている場合であり、民法一一〇条表見代理はBによる「信認欠如代理行為」にAが「表示原因関与」をしている場合であり、民法一二条表見代理はBによる「信認欠如代理行為」にAが「当初表示関与」をしている場合であって、そのこととの相関関係においてCの「信認度」を判断し、それぞれにつきAへのリスク転嫁の準則を画定するのが妥当とするものである。<sup>(11)</sup>

## 注

- (1) 拙稿・前掲書六五八頁以下参照。
- (2) 特に、拙稿・前掲書六六六頁での「『信認関係』崩壊事実」を「信認欠如代理行為」に改めるものである。
- (3) 拙稿・前掲書六八七頁以下参照。
- (4) 拙稿・前掲書七〇四頁。
- (5) 拙稿・前掲書七一二頁。

- (6) 拙稿・前掲書七一頁。
- (7) 拙稿・前掲書七三〇頁。
- (8) 拙稿・前掲書七三二頁。
- (9) 拙稿・前掲書七三七頁。
- (10) 拙稿・前掲書七四〇頁。
- (11) このため、拙稿・前掲書七〇四頁、七二三頁、七一九頁、七二六頁、七三〇頁、七三三頁、七三七頁、七四〇頁の「『信認関係』崩壊事実」を「信認欠如代理行為」に改めるものである。

以上

(明治大学名誉教授)